

# DAS CONDIÇÕES GERAIS DOS CONTRATOS/CLÁUSULAS ABUSIVAS: E O ENFOQUE ACERCA DO ESTADO DA QUESTÃO NA ALEMANHA\*

KLAUS JOCHEN ALBIEZ DOHRMANN  
Catedrático de Derecho civil de la Universidad de Granada

## EXCEROTOS

*“Antes de que se aprobara la Directiva 93/13/CEE, de 13 de abril, el legislador alemán tuvo claro que había que proteger con mayor intensidad al contratante débil que no fuese comerciante (Kaufmann)”*

*“Una de las singularidades de la Directiva sobre las cláusulas abusivas es que la protección del consumidor en la contratación adhesiva se extiende también a los contratos individuales no negociados”*

*“La cláusula general de buena fe coincide en lo sustancial con el artículo 3.1 de la Directiva, si bien se debe tener claro que el actual § 307.1 y 2 ha de ser interpretado conforme al Derecho comunitario (se debe tener en cuenta sobre todo la jurisprudencia del TJUE)”*

*“El ejercicio de una acción individual pidiendo la nulidad de una cláusula no negociada individualmente (sea o no una cgc) por infringir los §§ 307 a 309 BGB tiene como efecto, en caso de ser estimada, la nulidad parcial del contrato, prevista expresamente en el § 139 BGB”*

*“Con la Reforma del HGB por la Ley de 22 de junio de 1998, el § 24 (ahora el § 310.1 BGB) tiene por destinatarios a los empresarios y los profesionales, aunque no se refiere a éstos expresamente”*

*“Uno de los aspectos más importantes en la evolución del Derecho de condiciones generales de la contratación en Alemania fue la pronta aplicación de la lista de las cláusulas prohibidas al tráfico comercial por parte de los tribunales aun cuando el actual § 310-1 BGB establece que no son de aplicación las predisposiciones de los §§ 308 y 309 BGB”*

## 1. El modelo codificador alemán: de la Ley de las Condiciones Generales de la Contratación a su integración en el BGB

El modelo codificador por excelencia de las condiciones generales de la contratación (en adelante cgc) es la Ley alemana de Regulación de las Condiciones Generales de la Contratación, de 9 de diciembre de 1976 (*Gesetz zur Regelung der Allgemeinen Geschäftsbedingungen* –AGB-G–), que entró en vigor el 1 de abril de 1977<sup>1</sup>. El objetivo principal de la AGBG fue establecer reglas legales para mejorar el control de contenido de las cgc, que, desde finales del siglo XIX, ya ejercía el *Reichsgericht* (RG) y, después, el *Bundesgerichtshof* (BGH). De alguna manera, la AGB-G presenta la codificación de las decisiones judiciales de los tribunales, elevando a rango legal las soluciones que hasta la década de los setenta del siglo pasado habían dado los tribunales, en particular a las cgc que eran contrarias a la buena fe. El acervo jurisprudencial que se había elaborado a lo largo de más de cien años, principalmente al amparo del § 242 BGB, sirvió de base para regular un verdadero texto legal de cgc. Algunos autores han afirmado que después del BGB, la AGB-G es la aportación más importancia a la Ciencia del Derecho privado alemán. En lugar de regular aspectos concretos en relación con las cgc, el legislador alemán se atrevió a elaborar un verdadero texto legal que abarca los principales temas de las cgc. Uno de los aspectos más relevantes, y al mismo tiempo más sorprendentes, es que se trata de una Ley que en el ámbito subjetivo protege no sólo a los consumidores sino también a los empresarios. El ámbito subjetivo tan amplio ha dado una enorme fuerza a la AGB-G ya que afecta a la mayor parte del mercado –operaciones entre empresarios y operaciones con consumidores-. La AGB-G se ha convertido, desde entonces, en una de las leyes más importantes para la contratación. Ningún gran despacho de abogados que trabaja en y con el mercado alemán puede prescindir de esta normativa y de su desarrollo práctico y judicial. En la doctrina alemana es una referencia –directa e indirecta– constante, como también en la doctrina extranjera<sup>2</sup>. La AGB-G ha influido notablemente en varios textos extranjeros y en la misma Directiva 93/13/CEE, de 5 de abril de 1993, sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores y, particularmente, en la Propuesta de Directiva sobre derechos de los consumidores [COM (2008) 614 final]<sup>3</sup>, así como en los Principios *Acquis* y el DCFR. Y seguramente ha sido tenido en consideración en la redacción de la Propuesta del Reglamento relativo a una normativa

de compraventa europea [COM (2011) 635 final] que tiene un capítulo importante dedicado a las cláusulas abusivas. Sin lugar a dudas, la AGB-G era un espejo en el que había que mirarse, y lo sigue siendo en la actualidad.

La AGB-G sufrió, como todas leyes de los Estados miembros de la UE que tenían una regulación en materia de cgc, una reforma por la necesaria transposición de la Directiva 93/13/CEE sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores<sup>4</sup>. Aunque a nivel doctrinal surgió un debate sobre la conveniencia de aprobar una ley específica para los contratos no negociados de consumo, al final, seguramente con buen criterio, se optó por una Reforma parcial de la AGB-G en virtud de la Ley de 25 de julio de 1997. La transposición obligó a la inserción del § 24 a), el cual se refiere específicamente a los contratos de consumo, en particular a las cláusulas no negociadas individualmente, en cumplimiento del artículo 3 de la Directiva, y a los criterios circunstanciales que se deben tener en cuenta para determinar el carácter abusivo de las cláusulas, en cumplimiento del artículo 4.1 de la Directiva. Lógicamente, la AGB-G no contemplaba las cláusulas no negociadas en contratos individuales. Y aunque los tribunales alemanes tenían en cuenta las circunstancias de cada caso a la hora de apreciar el carácter abusivo de las cgc<sup>5</sup>, no existía un mandato legal como el formulado en el artículo 4.1 de la Directiva. Mediante una sola norma, el legislador alemán supo adaptar su Derecho a la Directiva, sin temer un posible incumplimiento de la misma<sup>6</sup>. Aun así cabe preguntarse si la AGB-G cumplía el mandato de transparencia de las cláusulas, que estaba formulado no tan claramente en los §§ 2, 3 y 5, de acuerdo con los artículos 4.2 y 5 de la Directiva. Con la Reforma, se acentúa la protección de los consumidores que no pueden influir en el contenido de las cláusulas. Un efecto importante de la Reforma de la ABGG es que toda la Ley debe ser interpretada conforme a la Directiva y la jurisprudencia del TJUE<sup>7</sup>.

En virtud de una importante reforma del BGB, mediante la Ley de Modernización del Derecho de Obligaciones, que entró en vigor el 1 de enero de 2002<sup>8</sup>, además de algunas modificaciones, se integra el contenido material de la AGB-G en el BGB. Forma parte del Libro Segundo que tiene por materia el Derecho de las relaciones obligatorias. La Sección Primera regula el contenido de las relaciones obligatorias (§§ 241-304) y la Sección Segunda se ocupa de la configuración de las relaciones obligatorias negociales mediante condiciones generales de la contratación (§§ 305-310<sup>9</sup>). Se puede cuestionar, desde luego, el acierto de la inserción en el BGB de la regulación material de las cgc y de las cláusulas no negociadas en un contrato individual. Es evidente que con la Reforma han entrado el consumidor y los contratantes adherentes en el BGB por mandato expreso del legislador<sup>10</sup>. En realidad, ya

habían entrado antes de la Reforma del 2002 (en virtud de la Ley del contrato de viajes, de 4 de mayo de 1979, se regula en los §§ 651 a-651 k, el contrato de viaje; en el § 13 se define el consumidor<sup>11</sup> y en el § 14 el empresario, con motivo de la transposición de la Directiva 97/7/CE, de 20 de mayo de 1997, relativa a la protección de los consumidores en materia de contratos a distancia, por medio de la Ley de contratos a distancia, de 27 de junio de 2000). Poco a poco, el Derecho de consumo está entrando en el BGB. Por eso, no es de extrañar que el contenido material de la AGB-G fuera acogido, sin grandes problemas, en el BGB<sup>12</sup>.

## **2. La protección de los consumidores ante cláusulas abusivas**

Antes de que se aprobara la Directiva 93/13/CEE, de 13 de abril, el legislador alemán tuvo claro que había que proteger con mayor intensidad al contratante débil que no fuese comerciante (Kaufmann)<sup>13</sup>, pero es partir de la Directiva cuando de forma clara el contratante débil que no es empresario se identifica con el consumidor. Es entonces cuando se introduce en la AGB-G el término consumidor (en particular, en el § 24 a; en la actualidad § 310.3 BGB). El consumidor se identifica con la persona física conforme a la Directiva (con carácter general, el BGB da una definición del consumidor (§ 13<sup>14</sup>) y del empresario (§ 14<sup>15</sup>)<sup>16</sup>. Conforme a la Directiva 93/11/CEE, se debe partir de un concepto relativo de consumidor. En realidad, el Derecho europeo siempre ha partido de un concepto relativo de consumidor en las relaciones contractuales, siendo igualmente el criterio de la Directiva 2011/83/UE, de 25 de octubre<sup>17</sup>.

### **2.1. El control de contenido de las cláusulas no negociadas individualmente**

Una de las singularidades de la Directiva sobre las cláusulas abusivas es que la protección del consumidor en la contratación adhesiva se extiende también a los contratos individuales no negociados. Dispone el artículo 3.1 que “las cláusulas contractuales que no se hayan negociado individualmente se considerarán abusivas si, pese a las exigencias de la buena fe, causan en detrimento del consumidor un desequilibrio importante entre los derechos y obligaciones de las partes que se derivan del contrato”. Aunque la mayoría de los contratos de adhesión tienen por destinatario a dos o más personas—

contratos estandarizados-, existen los contratos de adhesión particular. Como en cualquier contrato de adhesión, también en éstos el consumidor no tiene un poder de negociación, no puede incidir en la configuración del contenido contractual, es decir en las cláusulas. El legislador comunitario consideró necesario proteger también al consumidor en estos contratos, como se desprende claramente del artículo 3.1 de la Directiva. La AGB-G, como indica su propio título, se ocupa sólo de los contratos de adhesión con cgc, lo que obligó al legislador a la transposición de la Directiva al menos en este particular. Se introdujo un precepto nuevo, el § 24 a (actual § 310.2.2 BGB), dejando intacta la estructura de la Ley (con la incorporación de la AGB-G en el BGB se producen algunas modificaciones)<sup>18</sup>.

## **2.2. La cláusula general de buena fe**

Una norma central de la derogada AGB-G era el § 9.1, que contiene una verdadera cláusula general, es decir, una verdadera norma, dirigida a los Tribunales de justicia para que valoren, conforme a la buena fe, las cgc que sean contrarias a ella. Esta norma expresa el acervo jurisprudencial de décadas elaborado por los Tribunales alemanes al amparo del § 242 BGB<sup>19 20 21</sup>. No hubo necesidad ninguna de transponer el artículo 3.1 de la Directiva sobre las cláusulas abusivas. Dispone el actual § 307.1 BGB que “las cláusulas en condiciones generales de la contratación son ineficaces si perjudican de modo razonable, en contra de las exigencias de la buena fe, a la contraparte contractual del predisponente”.

Con la Reforma 2002 del BGB, se introduce en el apartado primero del § 307.1 BGB una nueva norma: “Un perjuicio no razonable también puede ser resultado de una cláusula que no sea clara y comprensible”. Con esta norma se codifica una jurisprudencia según la cual la falta de transparencia en las cláusulas puede ser también abusiva. Es la llamada «abusividad formal» cuya declaración por un tribunal determina la nulidad de la cláusula. A veces, la falta de transparencia de una cláusula puede ser contraria a la buena fe, debiendo ser declarada entonces nula. La falta de transparencia material de una cláusula no se debe confundir con las cláusulas que son sorpresivas o ambiguas, a las que se refiere específicamente el actual § 305 c BGB.

El § 307.2 ofrece dos reglas a los tribunales para determinar que una cláusula es contraria a la buena fe: “En la duda, debe deducirse un perjuicio no razonable si una cláusula 1. no es compatible con principios fundamentales de la regulación legal de que diverge, o 2. restringe derechos o deberes fundamentales, que resultan de la naturaleza del contrato, de modo que se pone en peligro la obtención del fin del contrato”.

La cláusula general de buena fe coincide en lo sustancial con el artículo 3.1 de la Directiva, si bien se debe tener claro que el actual § 307.1 y 2 ha de ser interpretado conforme al Derecho comunitario (se debe tener en cuenta sobre todo la jurisprudencia del TJUE).

El término de «cláusulas abusivas» no aparece en el texto normativo (ni en la AGB-G ni en el BGB), a diferencia de la Directiva que se refiere expresamente a las cláusulas abusivas, pero no por ello la normativa alemana incumple la normativa comunitaria. Las cláusulas no negociadas individualmente con un consumidor contrarias a la buena fe son abusivas.

La buena fe es un concepto indeterminado pero que se concreta en el § 307.2 BGB mediante criterios legales específicos y que se complementa con la doctrina jurisprudencial. El derecho dispositivo contractual constituye uno de los criterios fundamentales para determinar cuándo una cláusula no negociada individualmente es contraria a la buena fe.

Con la Directiva 93/13/CEE se ha abierto un debate sobre la extensión de la cláusula general de buena fe al objeto y al precio del contrato de adhesión. Dispone el artículo 4.2 de la Directiva que “la apreciación del carácter abusivo de las cláusulas no se referirá a la definición del objeto principal del contrato ni a la adecuación entre precio y retribución, por una parte, ni a los servicios o bienes que hayan de proporcionarse como contrapartida, por otra, siempre que dichas cláusulas se redacten de manera clara y comprensible”. Esta norma no fue incorporada cuando se transpuso la Directiva al Derecho alemán (como en otros países europeos, cual es el caso de España). Esta omisión no supone ningún incumplimiento de la Directiva, incluso se considera que ni quiera era necesaria su transposición, pero suscita la inevitable cuestión de si los tribunales alemanes pueden no obstante controlar el objeto y el precio de un contrato de adhesión con un consumidor conforme al § 307 BGB. Nunca se ha descartado que las cláusulas que se refieren al objeto y al precio no estén sujetas a los requisitos de incorporación y de transparencia formal como también a las reglas de interpretación. Pero es más cuestionable que esas cláusulas puedan ser controladas materialmente. El control judicial sobre el objeto y el precio de los contratos de adhesión con consumidores podría suponer una injerencia excesiva en el mercado por parte de los tribunales. Pero los tribunales pueden verse tentados no obstante a controlar el objeto y el precio para reforzar aún más la protección del consumidor. Ha de saberse

Es partir de la Directiva cuando de forma clara el contratante débil que no es empresario se identifica con el consumidor

que antes de la Reforma 2002 del BGB, el § 8 AGB-G establecía que se someten al control de contenido las cgc que se desvíen de las normas legales aplicables o que las complementen. Era un precepto un tanto oscuro que no desaparece del todo con la Reforma 2002 del BGB si nos atenemos a lo que dispone el § 307.3: “Los apartados 1 y 2, así como los §§ 308 y 309, rigen sólo para cláusulas en las condiciones generales de la contratación mediante las cuales se pactan regulaciones divergentes o complementarias”. La duda que puedan tener los tribunales en cuanto a si pueden controlar el objeto y el precio de los contratos de adhesión con consumidores, podría resolverse planteando la correspondiente cuestión prejudicial ante el TJUE<sup>22</sup>.<sup>23</sup> Hasta ahora los tribunales alemanes descartan que puedan ser objeto de control material las cláusulas de contenido económico pero sí admite el control material de las de contenido jurídico.

### **2.3. Las listas de cláusulas abusivas**

Una de las aportaciones más interesantes de la AGB-G, además de la elaboración de una cláusula general, es la redacción de dos listas de las condiciones generales contrarias a la buena fe (§§ 10 y 11; actualmente §§ 308 y 309 BGB). Con estas listas se intensifica el control de contenido o material de las cláusulas no negociadas individualmente. Esta técnica de control ha sido muy beneficiosa para fijar las cláusulas contractuales que no perjudiquen al consumidor ya que los empresarios han de tener en cuenta a priori estas listas so pena de verse demandados por contener sus contratos de adhesión cláusulas contrarias a los §§ 308 y 309 BGB. La elaboración de las dos listas supone, desde este punto de vista, un control preventivo. Si la cláusula no negociada forma parte de la lista negra, la cláusula es per se contraria a la buena fe, y, por tanto, ineficaz. Si la cláusula no negociada forma parte de la lista gris, la cláusula aun siendo en principio contraria a la buena fe puede ser, no obstante, objeto de valoración por el Juez. Ambas listas constituyen una advertencia a los empresarios para que no redacten cláusulas que podrían ser de una u otra lista. Por otra parte, con estas listas el control judicial es mucho más eficaz no ya sólo porque permite la aplicación directa del listado sino también porque ayuda a interpretar la cláusula general de buena fe ex § 307 BGB. Aunque la Directiva 93/13/CEE recoge en el Anexo una serie de cláusulas abusivas, sin precisar si son absoluta o relativamente abusivas, no es propiamente una lista, dejando en manos de los Estados miembros de la UE la elaboración de sus propias listas de cláusulas abusivas. Sin lugar a dudas, el Derecho alemán va más lejos en esta materia que el Derecho comunitario, adelantándose, además, en quince años.



A lo largo de la vigencia de la AGB-G, las listas han sufrido muchas pequeñas modificaciones (la última tuvo lugar por la Ley de 27 de septiembre de 2013 que retoca el § 308.1 BGB).

Una lista comprende las cláusulas prohibidas con posibilidad de valoración (actual § 308 BGB). Son cláusulas relativamente abusivas. La lista contiene una serie de cláusulas que pueden ser contrarias a la buena fe, pero serán los tribunales los que determinarán en última instancia si la cláusula en cuestión infringe el § 308 BGB.

La otra lista recoge cláusulas que no admiten ninguna valoración (actual § 309 BGB). Son cláusulas absolutamente abusivas por lo que no pueden ser valoradas por los tribunales y, por tanto, son ineficaces *per se*.

## **2.4. El control judicial colectivo e individual de las cláusulas abusivas**

Las cláusulas abusivas de contratos de adhesión con consumidores pueden ser combatidas mediante acciones colectivas e individuales. En la AGB-G se regulaba un procedimiento específico de acciones colectivas – acción de cesación y acción de retractación (§§ 13 y ss.)–. Con la reforma 2002 del BGB, las normas procesales pasan a integrar una Ley especial para la defensa de los consumidores, Gesetz über Unterlassungsklagen bei Verbraucherrechts- und anderen Verstößen (Unterlassungsklagengesetz – UKlaG), de 26 de noviembre de 2001, cuyo § 1, referido a las acciones colectivas que se dirigen contra cgc que sean contrarias a los §§307 a 309 BGB, tiene un desarrollo específico en los §§ 8 a 11. Con posterioridad, se aprobó la Directiva 2009/22/UE, de 24 de abril de 2009, relativa a las acciones de cesación en materia de protección de los intereses de los consumidores. La ley procesal alemana no sólo es conforme con la Directiva, sino que, en muchos aspectos, va más lejos que la Directiva<sup>24</sup>.

El consumidor puede ejercitar la acción individual de nulidad de la cláusula que infrinja los §§ 307 a 309 BGB.

## **2.5. Las consecuencias de la declaración de «abusividad» de una cláusula no negociada individualmente**

Hemos de tener en cuenta que el control de las cgc es eminentemente judicial por lo que es necesaria una sentencia que declare el cese o la no utilización de la cgc que sea contraria a los §§ 307 a 309 BGB cuando se haya ejercitado una acción colectiva. En tal caso se considera que las cgc son ineficaces. La sentencia ha de recoger el contenido literal de la cgc, la

denominación de los negocios jurídicos cuyas cgc han de cesar o no han de ser recomendadas en el futuro, el mandato de no usar o recomendar cgc de contenido idéntico y, finalmente, en el caso de que sea revocado el mandato, se debe publicar la resolución judicial en la misma forma de como se dio a conocer la recomendación (§ 9 UKlaG).

El ejercicio de una acción individual pidiendo la nulidad de una cláusula no negociada individualmente (sea o no una cgc) por infringir los §§ 307 a 309 BGB tiene como efecto, en caso de ser estimada, la nulidad parcial del contrato, prevista expresamente en el § 139 BGB. Es en el juicio individual donde se pueden tener en cuenta las circunstancias que concurrieron en la celebración del contrato de adhesión (*cfr.* art. 4.1 Directiva 93/13/CEE y § 310.3.3 BGB). En el juicio colectivo, por el contrario, se hace abstracción de las circunstancias que tuvieron lugar cuando se redactó el contrato.

### **3. La extensión del control de las condiciones generales entre empresarios por mandato legal**

#### **3.1. La cláusula general de buena fe en los contratos con condiciones generales entre empresarios**

La protección que se dispensa al empresario en la contratación con condiciones generales en Alemania es casi única entre los países del área comunitaria<sup>25 26</sup>. El actual § 310.1 BGB (antiguo § 24 AGB-G) extiende la protección a los empresarios. Aunque en un primer momento la AGB-G iba a ser una ley de consumidores, lo que era compartido por el grupo de trabajo constituido en 1972 a instancia del Ministerio de Justicia de la RFA, se produjo un cambio importante cuando se presentó el segundo anteproyecto, el cual extiende el ámbito de aplicación a todo el tráfico comercial. Una de las razones que explican este cambio cualitativo es que el texto legal, en particular el control de contenido, era, en realidad, una codificación de la doctrina jurisprudencial sobre las condiciones generales que se utilizaban en la contratación comercial y que habían sido objeto de decisiones judiciales importantes. También tuvo una influencia importante en el giro de esta política legislativa el Congreso de Juristas, celebrado en el año 1950, en el que se discutió ampliamente sobre las ventajas y desventajas de extender la AGB-G a los comerciantes (*Kaufmänner*). Una mayoría exigua de los congresistas votó a favor de extender el control de contenido a las condiciones generales de la contratación comercial<sup>27</sup>.

El § 24 sufrió a lo largo de su vigencia varias alteraciones. Una de alcance material con la sustitución de la figura del comerciante (*Kaufmann*) por la del empresario (*Unternehmer*) – con motivo de la Reforma de la Ley del Código mercantil (HGB), de 22 de junio de 1998-<sup>28</sup>. Otra, de alcance más formal, se produce con la integración de parte de la AGB-G en el BGB – debida a la Ley de Modernización del Derecho de Obligaciones, de 1 enero de 2002-<sup>29</sup>. En virtud de esta Reforma, el antiguo § 12 AGB-G (norma de Derecho internacional privado) pasa a engrosar la Ley de Introducción al BGB (EGBGB) con una nueva redacción sobre los contratos de consumo (§§ 29 y 29 a). Y otra novedad introducida por la Reforma es que para los contratos mercantiles rige también, en virtud del § 307.1-1 BGB, el principio de transparencia material como otro criterio de control de contenido de las condiciones generales.

El actual § 310.1 BGB está redactado en los siguientes términos:

*“El § 305, apartados 2 y 3, y los §§ 308 y 309 no son de aplicación a las condiciones generales de la contratación que se apliquen frente a un empresario, una persona jurídica de derecho público o un patrimonio separado de derecho público. Asimismo, el § 307, apartados 1 y 2, será de aplicación en los casos del inciso primero aun cuando ello dé lugar a la ineficacia de las condiciones contractuales mencionadas en los §§ 308 y 309: se prestará la debida consideración a los usos y costumbres vigentes en el tráfico empresarial”.*

### **3.2. El alcance del § 310.1 BGB (antiguo § 24 AGB-G) para el tráfico empresarial**

La redacción del § 310.1 BGB obliga a una delimitación por cuanto permite el control de contenido sólo mediante la cláusula general de buena fe. El § 310.1 excluye la aplicación de la lista de las cláusulas grises (§ 308) y de las cláusulas negras (§ 309 BGB). Del § 310.1 BGB parece desprenderse también la necesidad de tener que diferenciar entre la protección de los comerciantes adherentes y de los consumidores.

La necesaria delimitación tiene el peligro, según algún sector de la doctrina alemana, de que se crea, por obra de la jurisprudencia, un derecho especial para comerciantes –un derecho estatutario– que se diferencie del Derecho de los consumidores –quizá justificado para algunos-. Este peligro es real sobre todo a partir de ahora, con la adaptación de la Directiva sobre las cláusulas abusivas al ordenamiento alemán. Hasta entonces parecía predominar la idea de que no era conveniente crear un abismo entre el control de las condiciones generales entre comerciantes y el control de los contratos no negociados con

consumidores. No se niega que existen diferencias entre ambos controles, pero se rechaza generalmente que el control vaya «por carriles diferentes»<sup>30</sup>.

El § 310.1 BGB cumple aparentemente un papel central al determinar claramente las disposiciones que son de aplicación al tráfico comercial. Además de excluir los §§ 308 y 309 BGB (cláusulas prohibidas), determina que no es de aplicación el § 305, apartados 2 y 3 BGB (requisitos de incorporación). Todas las demás disposiciones rigen también para el tráfico comercial. Sin embargo, para un sector de la doctrina alemana el papel del § 310.1 BGB es más bien relativo. Lo verdaderamente importante es que la ABG-G ha permitido desde su entrada en vigor un constante control de contenido de las cgc entre empresarios conforme a la cláusula general de buena fe. Y es a partir de la cláusula general de buena fe (actual § 307 BGB) cuando hay que precisar su alcance en el tráfico comercial. Voces muy autorizadas se preguntan si esta protección especial no es perjudicial en un mercado que requiere una mayor flexibilidad en la contratación, incluso puede llevar a las empresas alemanas a buscar ordenamientos jurídicos más permisivos en las operaciones transfronterizas<sup>31</sup>.

Resulta imposible exponer cada una de las muchísimas resoluciones que se han dictado al amparo de la cláusula general de buena fe *ex* § 307.1 BGB para proteger al empresario perjudicado por una cláusula abusiva. Al menos como botón de muestra, cito dos sentencias que tuve ocasión de examinar con motivo de un trabajo sobre las garantías a primer requerimiento, y que ponen de manifiesto las dificultades técnicas que tiene un tribunal para juzgar la validez de una cláusula en el seno de las relaciones entre empresarios<sup>32</sup>. En las Ss. 18 abril 2002 (ZIP, 2002, p. 1198) y 4 julio 2002 (BGHZ 151, 229 ss.) el BGH considera que la cláusula a primer requerimiento, insertada en un contrato de obra, perjudica de forma indebida al garante, y dado que es una condición general, es contraria a la buena fe *ex* § 9.1 AGB-G (entonces vigente). El *Berufungsgericht* (Tribunal de Revisión), entiende que «existe un perjuicio desproporcionado para el adjudicatario en la posibilidad contemplada por los demandados, de conseguir inmediatamente activos disponibles desde el momento en que se da el supuesto de garantía, sin necesidad de demostración o verificación, afirmando simplemente que tienen derecho a la pretensión asegurada por la función de la fianza. Con ello, se eximen, por una parte, del riesgo que, de acuerdo con las normas legales vigentes, les pudiera afectar como consecuencia de la insolvencia del adjudicatario en la fase del cumplimiento del contrato, y, por otra, hacen que el adjudicatario tenga que cargar con los costes de la demanda y con el riesgo de insolvencia para un proceso de reclamación y de restitución. Además, hay que tener en cuenta el peligro de abuso que se deriva inmediatamente de una fianza pagadera a primer requerimiento». El BGH, por su parte, afirma que «la

fianza a primer requerimiento» no tiene sólo una función de garantía, sino que otorga al acreedor, en una medida muy amplia, la posibilidad de hacerse con medios de liquidez, siendo incluso posible aun cuando no haya tenido lugar el supuesto que es objeto de garantía. Con ello, el adjudicatario está expuesto al riesgo de verse requerido por el fiador, lo que supone para él una carga, sin que exista la pretensión del acreedor. Resulta indiferente, a estos efectos, que el requerimiento indebido de la fianza traiga causa de un ejercicio abusivo o de un error de cálculo del adjudicante. Atendiendo al contrato principal que dio lugar a esta garantía –un contrato de obra, cuya regulación prevé ciertas garantías-, el BGH entiende que «de este modo, los derechos de garantías del adjudicatario se extienden *unangemessen*, más allá del interés que le merece ser reconocido». Se puede discrepar de estas dos sentencias, que ya constituyen jurisprudencia en Alemania, si bien pueden ser interpretadas atendiendo al ámbito de contratación en que se emplearon las garantías a primer requerimiento, concretamente en la construcción. En otros ámbitos, las garantías a primer requerimiento formuladas bajo cgc no deberían ser consideradas, en principio, contrarias a la buena fe, atendiendo, sobre todo, a las funciones de garantía que cumplen en el tráfico jurídico. Precisamente es en Alemania donde este tipo de cláusulas adquirieron pronto carta de naturaleza, asumiendo funciones de garantía, en especial en el tráfico bancario.

A veces, la falta de transparencia de una cláusula puede ser contraria a la buena fe, debiendo ser declarada entonces nula

Con la Reforma del HGB por la Ley de 22 de junio de 1998, el § 24 (ahora el § 310.1 BGB) tiene por destinatarios a los empresarios y los profesionales, aunque no se refiere a éstos expresamente. Para algunos autores se suscita la duda de si el pequeño comerciante (*Kleingewerbebetreibende*) queda excluido –se debe tener en cuenta que con la Reforma desaparece la antigua redacción del § 4 HGB-, al menos mientras no se inscriba en el Registro mercantil. Este planteamiento supondría que el pequeño empresario no sería identificado como empresario pero tampoco como consumidor. Por la misma razón deberían quedar excluidos los profesionales cuya empresa sea de pequeñas dimensiones. Serían, en palabras de TREBER, “ciudadanos normales del BGB”<sup>33</sup>. Es una consecuencia, según este autor, de un Derecho mercantil que evoluciona hacia un Derecho de empresas<sup>34</sup>. Aunque ello sea, en parte cierto, como tendremos ocasión de comprobar más adelante, las empresas de pequeñas dimensiones no pueden quedar en peor situación que los empresarios grandes y los consumidores.

### **3.3. La intensificación del control de contenido mediante el recurso a la lista de las cláusulas prohibidas. La “Indiztheorie”.**

Uno de los aspectos más importantes en la evolución del Derecho de condiciones generales de la contratación en Alemania fue la pronta aplicación de la lista de las cláusulas prohibidas al tráfico comercial por parte de los tribunales aun cuando el actual § 310-1 BGB establece que no son de aplicación las predisposiciones de los §§ 308 y 309 BGB.

Es lógico pensar que cláusulas que están prohibidas absoluta o relativamente en el tráfico con consumidores lo pueden estar también en el tráfico comercial<sup>35</sup>. Sin embargo, el § 310.1 BGB no permite, en principio, acudir a la lista de las cláusulas prohibidas. Resulta difícil cerrar los ojos a esta lista y operar exclusivamente sobre la base de la cláusula general de buena fe § 307.1 BGB. Si se tiene en consideración que muchas de las cláusulas prohibidas, que fueron sancionadas por los tribunales antes de la entrada en vigor de la AGB-G, eran cláusulas entre empresarios, la tentación de recurrir a los listados es grande. Los listados facilitan además una mejor interpretación y aplicación de la cláusula general de buena fe.

Fue el Senado VII del BGH el que elaboró la *Indiztheorie* (teoría de los indicios). Según esta teoría, las prohibiciones de los §§ 10 (actual § 308 BGB) y 11 (actual § 309 BGB) AGB-G contienen indicios de ineficacia en el control de las condiciones generales entre empresarios<sup>37 38</sup>. La traslación de los §§ 10 y 11 al tráfico empresarial facilita el control de las cgc entre empresarios, lo simplifica, puesto que las cláusulas que están prohibidas sirven para interpretar la cláusula general de buena fe. Y también eleva la seguridad jurídica. La necesaria concreción de la cláusula general de buena fe en el tráfico jurídico comercial se garantiza más eficazmente si se tiene en cuenta las listas de las cláusulas prohibidas. Además, con ello, se evita un derecho de control especial para los comerciantes<sup>39</sup>.

Señalemos, entre las muchas resoluciones que existen<sup>40</sup>, algunas sentencias dictadas por el BGH en las que la valoración de la cláusula general de buena fe se hace teniendo en cuenta los listados de las cláusulas prohibidas<sup>41</sup>.

En la Sentencia 19 enero 1984 (BGHZ 89, 363 ss., en particular, 366-367), el BGH considera una cláusula contraria a la buena fe del § 9 que fijó una cantidad indemnizatoria máxima en caso de comportamiento gravoso por los empleados de la empresa titular de cámaras frigoríficas. Una empresa carnicera perdió la mercancía almacenada —carne de cerdo— a causa de una falta grave en el cuidado de las cámaras cuyos interiores no llegaron a la temperatura

necesaria para mantener la carne en buenas condiciones. Si bien no es de aplicación el § 11.7 ABG-G (prohibición absoluta de cláusulas que excluyen o limitan la responsabilidad gravosa de los ejecutores auxiliares –empleados–), en virtud del § 24.1 AGB-G, ello no impide hacer una valoración paralela, con la precisión de que en el ámbito de las relaciones entre empresarios las cláusulas de exclusión o limitación de responsabilidad no tienen por qué ser siempre eficaces, debiendo ser juzgadas sobre la base de la cláusula general de buena fe.

En la Sentencia 8 marzo 1984 (BGHZ 90, 273 ss., en particular, 278; NJW, 1984, pp. 1750 ss.) es objeto de examen la validez de una cláusula por la cual se establece que las prestaciones de garantía prescriben a los dos años. Se trataba de una condición general insertada en un contrato de obra. El antiguo § 11.10 f) AGB-G prohíbe las cláusulas, sin posibilidad de ser valorada por el tribunal, que reduzcan los plazos legales de saneamiento. Esta prohibición rige sólo para los contratos con consumidores, por lo que la valoración de la cláusula debería hacerse conforme a los criterios del antiguo § 9.1 AGB-G. No obstante, el Alto Tribunal vio en el § 11.10 f) un indicio suficiente para negar la validez de esta cláusula en el tráfico empresarial, teniendo en cuenta que, según el § 638.1 BGB (versión antigua), el plazo es de cinco años. Esta resolución judicial no sólo llama la atención por utilizar una norma pensada exclusivamente para la protección de los consumidores, sino porque silencia totalmente la normativa específica para el ámbito de la construcción, cual es la VOB/B que establece como plazo de prescripción para las garantías dos años<sup>42</sup>.

En la sentencia 26 noviembre 1984 (BGHZ 93, 29 ss.) se examinan varias cláusulas insertadas en un contrato de concesión de venta de vehículos cuyo contenido fue impuesto por la empresa fabricante al concesionario. Para su valoración se tiene en consideración algunas de las cláusulas prohibidas en los §§ 10 y 11 AGB-G<sup>43</sup>.

En la Sentencia 27 febrero 1985 (NJW 1985, pp. 2693 ss.) se considera válida la cláusula de duración de un contrato de suministro de cerveza, fijada para un período de 20 años. Además, se dispuso que el suministro tenía carácter exclusivo. El Tribunal deja abierta la aplicación del § 11.12 AGB-G que en la letra a) prohíbe totalmente en las relaciones obligatorias duraderas un plazo de vinculación de la otra parte al contrato superior a dos años. El Tribunal tuvo en consideración los usos comerciales del mercado de la cerveza para considerar válida la cláusula. En el caso concreto, una norma como el § 11.12 a) sería totalmente antieconómica para el mercado de la cerveza, por lo que sólo se podría acudir al § 9 para proteger a las empresas compradoras de cerveza. El Tribunal tuvo en cuenta especialmente los usos comerciales en un país donde la cerveza es patrimonio nacional.



En la Sentencia 3 marzo 1988 (BGHZ 103, 316 ss.) una cláusula de exclusión de responsabilidad por culpa grave de un simple auxiliar resiste, según el BGH, el control de contenido del § 9 AGB-G, incluso valorando está cláusula conforme al principio de buena fe en relación con el § 11. 7 AGB-G (prohibición absoluta de cláusulas que excluyen o limitan la responsabilidad por culpa grave, y, entre ellas, la exclusión de responsabilidad por culpa grave del ejecutor auxiliar), teniendo en cuenta las particularidades del sector empresarial. Se trataba de un contrato con condiciones generales para la reparación de un barco en un astillero (*Condiktions for Docking and Reapirs*). El tribunal de instancia y el tribunal de revisión consideraron ineficaz la cláusula en cuestión. El BGH entiende, sin embargo, válida la cláusula dado que se debe estar a las costumbres y los usos vigentes del tráfico comercial, como precisa el § 24.2 AGB-G. Aparte de cuestiones interpretativas de la cláusula (transcrita en la sentencia), como no se puede equiparar la expresión clausular «*executive managers*» con la expresión legal «*Erfüllungshilfer*» (que en el caso concreto sería el trabajador u operario del astillero), se trata de una cláusula muy usual en este ámbito (reparación de barcos en astilleros), donde los riesgos derivados de trabajos con el fuego (pe., soldaduras) son altamente peligrosos, y siempre están garantizados por entidades aseguradoras.

Se debe precisar, no obstante, que para que una cláusula no sea contraria a la buena fe es necesario, de acuerdo con el antiguo § 9 AGB-G, que la cláusula perjudique de forma indebida a la contraparte del predisponente. El juez debe comprobar en qué medida la cláusula perjudica indebidamente al empresario adherente. Sólo entonces es contraria a la buena fe y, por tanto, ineficaz. El juez puede acudir a las presunciones de perjuicio indebido, a las que se refiere el apartado dos del § 9 AGB-G. Y, conforme a la teoría de los indicios, puede tener en consideración, para la valoración abusiva o no de una cláusula en el tráfico comercial, las listas de las cláusulas prohibidas. El modo de proceder del juez es, visto así, parecido al control de las condiciones generales de contratos con consumidores. A la hora de contrastar la eficacia de una condición general en un contrato mercantil, la examina en atención a las listas de las cláusulas prohibidas. El juez debe cuidar en no caer en una aplicación analógica y menos aún en una aplicación directa de la lista. Tal proceder puede considerarse, para algunos, *contra legem*. El tribunal sólo puede tener en consideración las listas para ver si existe algún indicio de que la condición general objeto de examen es, efectivamente, contraria a la buena fe.

El peligro de esta técnica judicial es que se generalice, pudiendo ser contraria al espíritu y a la letra de la normativa de las condiciones generales, incluso puede entrar en colisión con la Ley Fundamental de Bonn, en particular con el



artículo 2, apartado uno, que prohíbe la protección en exceso (*Übermassverbot*) de los contratantes<sup>44</sup>. Algunos autores proponen una mayor concreción a la hora de valorar las listas de las cláusulas prohibidas en el tráfico comercial, debiéndose examinar cada cláusula prohibida conforme a unos criterios. LUTZ, en su estudio sobre el control de las condiciones generales entre empresarios, considera que se debe tener en cuenta en la traslación de una cláusula prohibida al tráfico mercantil el nivel de justicia a que responde la prohibición, la necesidad de la protección del comerciante y las particularidades del tráfico comercial. Si una norma responde a un elevado nivel de justicia que se pretende asegurar mediante la prohibición, una condición general en el tráfico comercial contraria a ella debe ser considerada ineficaz. No hace falta preguntarse por la necesidad de la protección del comerciante. Cuando, por el contrario, no es necesario proteger al comerciante, no tiene sentido que se recurra a las listas de las cláusulas prohibidas. Las particularidades del tráfico comercial pueden ser tenidas en cuenta tanto a favor como en contra de la validez de una condición general. Cuando las necesidades del tráfico comercial chocan con las listas de cláusulas prohibidas puede ser aconsejable que la valoración de una cláusula se haga exclusivamente sobre la base de la cláusula general de buena fe. Son consideraciones que el juez deberá tener en cuenta cuando controla las cláusulas entre empresarios si recurre, al mismo tiempo, a las listas de las cláusulas prohibidas<sup>45</sup>. Una parte de la doctrina pide que se vuelva al punto de partida, esto es, a la cláusula general de buena fe para cuya aplicación judicial a las relaciones entre empresarios deben ser tenidas en cuenta las particularidades del tráfico empresarial<sup>46</sup> (sobre el particular expondré brevemente las críticas y propuestas más recientes).

Con la Reforma 2002 del BGB, algunas de las cláusulas prohibidas han sido modificadas, en particular las relacionadas con la venta y suministro de productos de nueva fabricación y de obra, diseñadas conforme a la Directiva sobre las garantías en la venta de bienes de consumo. En el Derecho alemán se da la particularidad de que esta Directiva ha impregnado toda la compraventa –civil, mercantil, de consumo–<sup>47</sup>, de modo que, pe., el actual § 309.8 d. ff) (antiguo § 11.10 f)) puede ser extrapolado, no obstante, en caso de que se recurra a la teoría de los indicios, a las condiciones generales entre empresarios<sup>48</sup>. Sin embargo, los tribunales alemanes estarán obligados a precisar de nuevo el alcance del § 309. 8 d. ff) en el tráfico mercantil.

Las cláusulas abusivas de contratos de adhesión con consumidores pueden ser combatidas mediante acciones colectivas e individuales

### **3.4. Un nuevo criterio de comprobación de eficacia de las condiciones generales entre empresarios: la transparencia material**

Con la integración de la parte material de la AGB-G en el BGB se añade un nuevo criterio de comprobación para la eficacia de las cgc. A partir de la Ley de Modernización del Derecho de Obligaciones, 1 de enero de 2002, según el § 307.1, frase última, “puede existir un perjuicio indebido por el hecho de que una disposición no sea clara ni comprensible”. La remisión del § 310.1 al § 307.1 significa que la falta de transparencia en los contratos con condiciones generales entre empresarios puede ser contraria a la buena fe y, por consiguiente, las cláusulas que no sean claras ni comprensibles entre empresarios pueden ser ineficaces. El § 307.1 debe ser completado con el apartado tercero del mismo precepto frase *in fine*: “Otras cláusulas pueden ser ineficaces por aplicación del apartado 1, inciso 2, en relación con el apartado 1, inciso 1”. El precepto se refiere a las cláusulas a través de las cuales se acuerdan regulaciones que difieran de las disposiciones legales o de esta regulación complementaria.

La inserción de la frase según la cual «un perjuicio indebido puede resultar también cuando la cláusula esté redactada de forma no clara e incomprensible», llama poderosamente la atención al menos por tres razones. En primer lugar, porque el legislador ha codificado la doctrina jurisprudencial sobre el deber o mandato de transparencia material (*Transparenzgebot*) que empezó a formularse en los años ochenta del siglo XX. Con ello, se han resuelto, en principio, los problemas que suscitaba el deber de transparencia en el sistema de la AGB-G<sup>49</sup>. Para la jurisprudencia esta estaba claro que la transparencia de las cgc no podía quedarse en el plano meramente formal. En segundo lugar, la nueva redacción está en la línea de la Directiva sobre las cláusulas abusivas<sup>50</sup>. Y, en tercer lugar, el deber de transparencia rige para todos los contratos con condiciones generales y para los contratos individuales no negociados con consumidores.

La formulación dada por el legislador alemán no parece que haya resuelto el debate doctrinal sobre el verdadero alcance del deber o mandato de transparencia. La transparencia ¿es un criterio autónomo en la valoración de una cláusula como abusiva? o ¿es un elemento más del juicio de validez que en cualquier caso no puede prescindir de un desequilibrio material? Tal como está redactada la frase *in fine*, parece ser que la ausencia de transparencia por falta de claridad e incomprensión puede constituir un perjuicio para el contratante adherente y, por tanto, ser abusiva la cláusula. Pero existe el peligro de que los tribunales se conformen con la falta de transparencia para declarar abusiva la cláusula por no ser clara ni comprensible. La falta de transparencia

como criterio autónomo encierra otro peligro: los tribunales pueden abusar de este criterio para negar la eficacia de las cláusulas por el hecho de que las cláusulas no sean claras e incomprensibles. Por eso, puede ser aconsejable que no se prescinda del desequilibrio material para apreciar el carácter abusivo de una cláusula.

¿Qué supone el deber de transparencia para las cgc entre empresarios?

En principio, está claro que el deber de transparencia que tiene un empresario frente a otro le obliga a formular las cláusulas de manera que sean claras y comprensibles. De lo contrario, puede encontrarse con la impugnación de una cláusula por incumplimiento del deber de transparencia. Resulta significativo que para los contratos con condiciones generales entre empresarios no rigen los requisitos de incorporación del § 305 BGB. Esta exclusión en el Derecho alemán no impide, sin embargo, que la transparencia sea tenida en cuenta también para el control de contenido de las condiciones generales entre empresarios. En realidad, aunque no es algo nuevo, no deja de ser una paradoja, pero quizá no tenga una especial consecuencia en el tráfico empresarial.

Destaquemos algunas resoluciones anteriores a la Reforma 2002 del BGB que invocan el deber de transparencia material en las condiciones generales entre empresarios.

En la Sentencia del BGH 6 octubre 1982 (NJW 1983, p. 159) se examina la validez de varias condiciones generales de un contrato de instalación de máquinas celebrado el 9 de marzo de 1977 (por tanto, anterior a la entrada en vigor de la AGB-G, que tuvo lugar el 30 de abril de 1977). Se pide la nulidad total del contrato al amparo de los §§ 138 y 242 BGB. Algunas de las condiciones generales se consideraban por el Tribunal de Revisión ineficaces porque no estaban claras y eran de difícil comprensión y ocupaban en el contrato un lugar sorprendente. Sin embargo, el BGH difiere de esta valoración en cuanto a las cláusulas que se consideraban no claras e incomprensibles. A su juicio, se debe tener en cuenta la capacidad de comprensión del dueño del bar, debiéndose presumir que estaba familiarizado con este tipo de contratos. Se debe presumir que el empresario tenía un nivel de formación para comprender las cláusulas en el ámbito que actúa.

En la Sentencia del BGH 29 febrero 1984 (NJW 1985, p. 53) se declara ineficaz una condición general insertada en un contrato de instalación de máquinas de juego (por tanto entre empresarios) por la imprecisión de la misma. Por la empresa de las máquinas se dispuso que ella podría cambiar o retirar una o varias máquinas en el plazo de una semana si la máquina o las máquinas no obtienen ingresos suficientes (*ausreichende Einnahmen*). La expresión «ingresos suficientes» no es clara ni permite al dueño del bar saber

qué se entiende por «ingresos suficientes», que queda a la arbitrariedad de la empresa de máquinas y, al mismo tiempo, tampoco puede saber si se van a cambiar o retirar las máquinas, lo que puede suponer un perjuicio para él. Para declarar la ineficacia de esta condición general el Alto Tribunal se apoyó en el § 9.1 AGB-G.

En la Sentencia del BGH 26 noviembre 1984 (BGHZ 93, p 29; comentada por BUNTE en NJW, 1985, pp. 600 ss.) se examina una cláusula predispuesta por Opel en los contratos con los concesionarios de vehículos de esta marca, en virtud de la cual se reserva Opel el derecho de modificar en cualquier momento la prestación de garantía asumida por ella si así lo considera conveniente por razones de competencia o económicas. El BGH no niega que Opel pueda establecer tal reserva, pero debe precisar con mayor exactitud los presupuestos para que pueda modificar, en su caso, la prestación de garantía, por lo que el Alto Tribunal declara ineficaz esta condición general por falta de transparencia al amparo del § 9.1 AGB-G.

En la Sentencia del BGH 12 octubre 1995 (DB 1996, pp. 878 ss.) es objeto de análisis una cláusula de exclusión de responsabilidad que utiliza el Grupo Federal de Empresas de Transportes Pesados y de Trabajos de Grúas. Según la condición general, quedan excluidos los daños en cuanto estén asegurados por una entidad aseguradora en los supuestos previstos y en la cuantía fijada. El BGH entiende que esta cláusula no está regulada con la debida claridad. La cláusula no aclara suficientemente si la empresa contratante es restituida en los daños por el transportista o, en todo caso, sin más consideraciones, por la entidad aseguradora. No está claro que el daño debe ser restituido realmente y si debe ser restituido por la cantidad total prevista por la entidad aseguradora. Conforme a la literalidad de la cláusula, cabe también la interpretación según la cual la exclusión de la responsabilidad se produce por el mero hecho de que exista una entidad aseguradora que cubra suficientemente la cuantía fijada. En definitiva, sobre la base legal del § 9.1 ABG-G, para el Alto Tribunal no está claro si con la cláusula la empresa contratante puede reclamar sin más la restitución del daño a la entidad aseguradora. Las inseguridades jurídicas que provoca la cláusula suponen una carga desproporcionada para la empresa contratante, debiendo, por consiguiente, ser declarada ineficaz la mencionada cláusula.

Aquellos autores que consideran que el antiguo § 9.1 AGB-G no puede ofrecer una base legal suficiente para el deber de transparencia, y, por tanto, queda descartado el control de contenido en caso de intransparencia, una vez que se haya comprobado que no se resuelve con las reglas de la interpretación *ex* § 5 (ahora § 305 c 2 BGB). Las respuestas se deben buscar entonces por falta

de transparencia de la condición general en los §§ 2 (ahora § 305 BGB) y 3 ABG-G (ahora § 305 c 1). El primero de los preceptos no es de aplicación a las condiciones generales entre empresarios. Quedaba, pues, para esta posición doctrinal, el otro precepto, que no considera incluidas en los contratos las condiciones generales sorprendentes. Pero las cláusulas sorprendentes parten de otros presupuestos en los que se valora, en particular, lo insólito que son las cláusulas, por lo que los supuestos son muy específicos, y no es frecuente encontrar cláusulas insólitas en las relaciones entre empresarios.

La doctrina aceptó mayoritariamente el deber de transparencia como otro criterio para el control de contenido en sede del § 9.1 AGB-G. Esto significa que era de aplicación a las condiciones generales entre empresarios, teniendo en cuenta la remisión del § 24 al § 9. Ello obligaba a los tribunales a tener en cuenta, en caso de falta de transparencia, los usos y costumbres vigentes en el tráfico empresarial (como también ahora en virtud del § 310.1 BGB).

Al amparo del actual § 307.1 BGB, frase segunda, el BGH, en Sentencia 27 julio 2005 (NZA 2006, p. 40), ha tachado de abusiva una cláusula en un contrato de adhesión entre empresarios por falta de transparencia material. La cláusula de exclusión o de restricción de responsabilidad por culpa en casos de lesión de los deberes cardinales (*Kardinalpflichten*) se considera, por falta de transparencia, contraria al § 307.1, frase segunda, BGB, y, por tanto, abusiva. No se puede exigir, según esta resolución judicial, a un empresario no experto en Derecho que conozca el significado de la expresión «deberes cardinales» –figura creada por la jurisprudencia alemana–. Para los círculos jurídicos alemanes esta sentencia ha constituido una verdadera sorpresa, dado que la alusión a los deberes cardinales está muy extendida en la praxis contractual empresarial. Hasta ese momento no hubo ningún pronunciamiento judicial contrario a la utilización de esta figura jurídica jurisprudencial en los contratos de adhesión por falta de transparencia material.

La transparencia de las cláusulas está ligada a la capacidad de comprensión del adherente de su contenido. La incorporación de las cláusulas está, por el contrario, vinculada más bien a la cognoscibilidad de las mismas. La capacidad de comprensión se valora especialmente en el consumidor. En las relaciones entre empresarios se parte de la premisa de que los empresarios tienen una mayor formación e información, que pueden asesorarse previamente por letrados y otros técnicos. La capacidad de comprensión del empresario se presupone para saber que una cláusula forma parte del contrato celebrado. En la interpretación de una condición general por falta de claridad y de comprensión, el tribunal debe ser más exigente cuando el adherente sea un empresario. El empresario

no puede ser tratado como si fuese un sujeto intelectualmente incapaz para comprender el alcance de las cláusulas que firma. Este criterio debe ser tenido en cuenta también para valorar correctamente el deber de transparencia en el clausulado entre empresarios.

### **3.5. Propuestas de reformas *lege ferenda***

Desde hace algunos años se observa en Alemania movimientos propiciados por grandes despachos de abogados y algunos sectores económicos a favor de una mayor flexibilización del control material de las cgc entre empresarios<sup>51 52</sup>. También hay voces recientes entre doctrina alemana que están a favor de una reforma legal<sup>54</sup>. Entre las diversas razones que aducen la más importante quizá sea la pérdida de competitividad en el mercado internacional de las empresas alemanes que opten por el modelo nacional. Un control material intenso de las cgc como el que propone la actual regulación legal resulta negativo para el comercio transfronterizo, viéndose muchas veces las empresas alemanas obligadas a refugiarse en ordenamientos más flexibles o más permisivos. Las propuestas que se han lanzado no niegan de la necesidad del control material de las cgc al amparo de la buena fe. Incluso admiten que se sometan al control de la transparencia (cláusulas de sorpresa y la necesidad de una transparencia material). Pero consideran desacertada la teoría de los indiciesselaborada por la jurisprudencia. Niegan, en definitiva, que rijan el mismo standard de protección para los consumidores que para los empresarios adherentes. Habrá que diferenciar, además, cuando se trata empresarios pequeños y medios y aquellos que están en una relación de dependencia económica.

Se propone la reforma del § 305 BGB que, en la frase primera del apartado primero, dispone que hay cgc entre las partes contratantes cuando no han sido negociados individualmente. La jurisprudencia alemán ha interpretado muy restrictivamente, sin distinguir entre contratos de consumo y contratos comerciales. Aunque en los contratos comerciales una de las partes finalmente predispone e impone las cláusulas puede haber previamente una negociación, que puede ser más o menos largo, incluso compleja. En las relaciones entre empresarios se propone que para diferenciar las cgc de las cláusulas negociadas individualmente se debe estar la decisión adoptada por uno de los empresarios (*selbstbestimmte unternehmerische Entscheidung*). Cuando no hay apenas espacio para decisiones que pueda adoptar uno de los empresarios en la relación contractual, entonces el contrato resultante será de adhesión. Por el contrario, si hay espacio para tomar decisiones propias hasta la redacción definitiva del contrato, en tal caso el contrato habrá sido negociado por las partes<sup>55</sup>.

También se propone la reforma del § 307 BGB en un solo aspecto. Aunque las cgc entre empresarios están sujetas igualmente a la cláusula general de buena fe, su valoración no debe circunscribirse a los usos comerciales (*Gewohnheiten und Gebräuche*), que, obviamente, se pueden tener en cuenta, sino también a la praxis empresarial. Apenas hay ya usos comerciales, por lo que el § 307.1. frase segunda, BGB apenas es tenido en cuenta por los tribunales<sup>56</sup>. Cuando las cgc se apartan gravemente de la praxis empresarios, pueden ser contratarías a la buena fe. El texto transcrito en la nota a pie de página coincide sustancialmente con el artículo II – 9:406 *Draft Common Frame of Reference*, según el cual las cgc entre empresarios son ineficaces cuando ellas «grossly deviates from good commercial practice, contrary to goodfaith and fair dealing».

De momento es difícil que se adopte una reforma de las cgc entre empresarios porque el modelo existente está muy consolidado en todos los sectores económicos y jurídicos alemanes. Si al final tiene lugar alguna reforma será más por la influencia de textos comunitarios y del derecho foráneo (directivas, reglamentos *soft law*, leyes de otros países) que por los lobbys de las asociaciones empresariales y de algunos grandes despachos de abogados alemanes.

## Notas

\* Artigo não revisado pela equipe Bonijuris.

<sup>1</sup> Sobre el modelo alemán, vid. Albiez Dohrmann, K.J., “Las condiciones generales de la contratación: una lectura de los diferentes modelos de control”, *Derecho contractual comparado, una perspectiva europea y transnacional*, ed. Sánchez Lorenzo, S., 2ª ed., Ed. Civitas Thomson Reuters, Cizur Menor (Navarra), 2013, pp. 399 ss.

<sup>2</sup> En las revistas jurídicas se publican anualmente el estado sobre las cgc.; así, p.e., “Das Recht der AGB im Jahr 2012”, NJ 2013, pp. 89 y ss. Y “Das Recht der AGB im Jahr 2013”, NJ 2014, pp. 89 ss. (el autor es Niebling, J).

<sup>3</sup> Esta Propuesta se ha visto muy reducida en su alcance con la Directiva 2011/83/UE, de 25 de octubre de 2011, sobre los derechos de los consumidores.

<sup>4</sup> Para conocer los problemas específicos de la transposición de la Directiva al Derecho alemán, por todos, vid. Nasall, W., “Allgemeine Geschäftsbedingungen (§§ 305 bis 310 BGB)”, en *Zivilrecht unter europäischen Einfluss*, eds. Gebauer/Wiedmann, Ed. Boorberg, Düsseldorf, 2005, pp. 141 ss. (en la 2ª ed., 2010, pp. 173 ss.).

<sup>5</sup> Horn, N. en *AGB-Gesetz Kommentar*, ed. 4ª totalmente revisada, Ed. Beck, Múnich, 1999, p. 1943.

<sup>6</sup> Horn, op. cit., p. 1929.

<sup>7</sup> Horn, op. cit., p. 1930; Basedow, J., en *Münchener Kommentar, Schuldrecht. Allgemeiner Teil*, ed. 4ª, Ed. Beck, Múnich, pp. 1071-1075.

<sup>8</sup> Como principal referencia, y más reciente, para conocer la Reforma podemos citar la obra de Zimmermann, R., *The New German Law Obligations-Historical and Comparative Perspectives*, ed. Oxford University Press, Oxford,



2005. Existe una traducción española, *El nuevo Derecho alemán de Obligaciones. Un análisis desde la Historia y el Derecho comparado*, trad. Arroyo i Amayuelas, E., Ed. Bosch, Barcelona, 2008. Muy crítico, con tono casi burlesco, es Adomeit, K., *BGB-Bürgerliches Gesetzbuch. Eine Orientierungshilfe für Neugierige, Erstaunte, Verzweifelte und Frustrierte*, Berliner Wissenschafts-Verlag, Berlín, 2005. Pueden consultar un trabajo mío, “Un nuevo Derecho de Obligaciones. La Reforma 2002 del BGB, ADC, nº 3, 2002, pp. 1131 ss.

<sup>9</sup> Manejamos la traducción al español de Vives Montero, M<sup>a</sup> L., “Traducción de la Reforma del BGB”, ADC, 2002, pp. 1229 ss. Existe una traducción del BGB, publicada el año 2008 por la Ed. Marcial Pons, *Código civil alemán*, dir. A. Lamarca Marqués. Hay una traducción de la ABG-G por K.J. Albiez Dohrmann/A. Collado Aís, en la Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad de Granada, nº 1, 1983, pp. 123 ss.

<sup>10</sup> Sobre la decisión, vid. por todos, R. Zimmermann, op. cit., traducción española, pp. 183 ss.; su opinión personal sobre la incorporación del Derecho de consumo contractual en el BGB, pp. 239 ss.

<sup>11</sup> Sobre los problemas que plantea el § 13 BGB, vid. Zimmermann, op. cit., trad. española, pp. 214, 235-236, 259 ss.

<sup>12</sup> Uno de los principales detractores de la incorporación fue P. Ulmer, “Das AGB-Gesetz: Ein eigenständiges Kodifikationswerk, JZ, 2001, pp. 491 ss.

<sup>13</sup> Según el § 24 AGB-G, en su redacción originaria, determina que las listas de cláusulas abusivas no se aplican a las cgc entre empresarios. En ningún momento se menciona expresamente al consumidor como destinatario de la protección de estas listas.

<sup>14</sup> Con la transposición de la Directiva 2011/83/UE, de 25 de octubre, en virtud de la Ley de 27 de septiembre de 2013, se reforma el § 13 BGB en los términos siguientes: “Verbraucher ist jede natürliche Person, die ein Rechtsgeschäft zu Zwecken abschliesst die überwiegend weder ihrer gewerblichen noch ihrer selbständigen beruflichen Tätigkeit zugerechnet werden können”. El concepto coincide prácticamente con la definición que la Directiva en el artículo 2-1: «consumidor»: toda persona física que, en contratos regulados por la presente Directiva, actúe con un propósito ajeno a su actividad comercial, empresa, oficio o profesión”.

<sup>15</sup> Este precepto no ha sido retocado por la Ley de 27 de septiembre de 2013.

<sup>16</sup> Pueden consultar mi trabajo “Direito do Consumo e Códigos Civis: O “modelo” Alemã, en esta Revista, vol. III, N.11, setembro, 2013, pp. 193 ss.

<sup>17</sup> Por todos, Nassall, op.cit., pp. 206-207 (ed. 2<sup>a</sup>).

<sup>18</sup> Sobre el tema, pueden consultar Albiez Dohrmann, K.J., “Las cláusulas individuales no negociadas y la teoría de las condiciones generales de la contratación”, *Libro homenaje al profesor Manuel Albaladejo García*, coord. por González Porras, Fernando P. Méndez González, Vol. 1, 2004, pp. 75 ss. (en el trabajo se recoge una extensa bibliografía alemana relacionada con el § 24 a AGB-G).

<sup>19</sup> Dispone el parágrafo que “el deudor está obligado a cumplir la prestación según las exigencias de la buena fe conforme a los usos del tráfico”. Sobre la doctrina y la jurisprudencia anterior a la AGB-G, vid. Neumayer, op. cit., pp. 77 ss.

<sup>20</sup> Inicialmente, los tribunales se apoyaban también en el § 138 BGB que declara nulo el negocio jurídico contra las buenas costumbres. Además. el § 139 BGB admite expresamente la nulidad parcial del negocio jurídico.

<sup>21</sup> También se ha tenido en consideración para combatir las cgc lesivas el § 315 BGB que establece ciertas reglas cuando una de las partes determina el contenido de la prestación.

<sup>22</sup> Nassal, op. cit. (2<sup>o</sup> ed.), p. 204.



<sup>23</sup> Aunque no se refiere al Derecho alemán, puede ser de interés, para conocer la problemática, el estudio de comentario a la STJUE de 30 de abril de 2014 (asunto C-26/13, Kásler y KáslernéRábai), de Pazos Castro, R., “El objeto principal de un contrato de préstamo expresado en divisas. La transparencia de sus cláusulas y la integración contractual”, <http://revistas.usc.es/boletincede> Sección Comentarios Xurisprudencia. En relación con el Derecho español, puede citarse la STJUE 484/08, 3 de junio de 2010, según la cual la normativa española no impide el control sobre el objeto y el precio, siendo conforme al Derecho comunitario dado que no incorporó en su momento el art. 4.2 de la Directiva 93/13/CEE.

<sup>24</sup> Para una primera aproximación a la Ley alemana, vid. Nasall, W. “Das Unterlassungsklagengesetz”, en *Zivilrecht unter europäischen Einfluss*, eds. Gebauer/Wiedmann, ed. 2ª Ed., Boorberg, Düsseldorf, 2010, pp. 1349 ss.).

<sup>25</sup> Sobre el tema, en general, pueden consultar mi monografía *La protección jurídica de los empresarios en la contratación con condiciones generales*, Ed. Thomson-Civitas, Cizuar Menor (Navarra), 2009.

<sup>26</sup> Entre los países que protegen también a los empresarios frente a cgc abusivas, cabe destacar a Portugal y Holanda. En Portugal, la *Ley Cláusulas Contratuais Gerais*, de 31 de agosto de 1995 (la primera es de 25 de octubre, es aún más intensa que la normativa alemana en la protección de los empresarios adherentes. El Nuevo Código civil holandés (NBW), de 1 de enero de 1992, regula las cgc en los artículos 231 a 247. Cfr. Albiez Dohrmann, K.J., “Las condiciones generales de la contratación: una lectura...”, op. cit., pp. 402-405 y 405-406; también Neumayer, op. cit., pp. 485-485 y 344 ss. respectivamente.

<sup>27</sup> Sobre los pormenores del entonces § 24 AGB-G, por todos, Ohlendorf-von Hertel, B., *Kontrolle von Allgemeinen Geschäftsbedingungen im kaufmännischen Geschäftsverkehr gemäss § 24 ABG-Gesetz*, Heidelberg, 1988, pp. 66-77.

<sup>28</sup> En particular, vid., Pfeiffer T., “Vom kaufmännischen Verkehr zum Unternehmensverkehr”, NJW, 1999, pp. 169 ss.

<sup>29</sup> Sobre los argumentos a favor y en contra de la integración de la AGB-G en el BGB, vid., en particular, Ulmer, P., “Recht der Allgemeinen Geschäftsbedingungen und Allgemeines Zivilrecht”, en *Bases de un Derecho contractual europeo*, eds. EspiauEspiau, S. y Vaquer Aloy, A., Valencia, 2003, pp. 119 ss. Muy crítico es Zimmermann, R., “Schuldrechtsmodernisierung?”, JZ, 2001, pp. 171 ss. Una lectura interesante, desde el punto de vista italiano, nos la ofrece De Cristofaro, G., “L’inserimento nel BGB della disciplina delle condizioni generali di contratto”, Riv. Dir. Civ., 2004, Parte Primera, pp. 667 ss. La verdad es que se trata de un tema apasionante desde un punto de vista de política legislativa cuando se quiere retocar, modernizar o codificar la Parte General del Derecho de los contratos.

<sup>30</sup> Cfr., por todos, Lutz, R., *AGB-Kontrolle im Handelsverkehr unter Berücksichtigung der Klauselverbote*, München, 1991, pp. 25-27.

<sup>31</sup> Sobre el particular, Leuschner, L., “Gebotenheit und Grenzen der AGB-Kontrolle. Weshalb M&A-Verträge nicht der Inhaltskontrolle der §§ 305 ff. ABG unterliegen”, AcP (207), 2007, p. 492. Más recientemente Berger, K.P., “Für eine Reform des AGB-Rechts im Unternehmensverkehr”, NJW, 2010, pp. 465 ss.; y nuevamente Leuscher, “AGB-Kontrolle im unternehmerischen Verkehr”, JZ, 2010, pp. 875 ss.

<sup>32</sup> “Las garantías a primer requerimiento formuladas bajo condiciones generales de la contratación”, en *Las tendencias actuales de los contratos de garantía*, dirs. De Angulo Rodríguez, L., Camacho de los Ríos, J., y Hoyos Elizalde, C., Barcelona, 2005, pp. 285 ss., en particular, pp. 293 ss.

<sup>33</sup> Treber, J., “Der Kaufmann als Rechtsbegriff im Handels- und Verbraucherrecht”, AcP, 199 (1999), p. 584.

<sup>34</sup> Idem, p. 584.

<sup>35</sup> No pone especiales reparos Brandner, H.E., en *AGB-Gesetz*, ed. 8ª revisada y ampliada, Colonia, 1997, pp. 553-554. Sobre todo está justificada la aplicación del § 10 (actual § 309 BGB), dado que admite a tener en cuenta las circunstancias del caso, como, pe., los usos y las costumbres comerciales. La aplicación del § 11 (actual § 310 BGB) plantea, por el contrario, el problema de que no admite valoración alguna, lo cual puede constituir en las relaciones comerciales un obstáculo. El mismo autor comenta en esta obra colectiva el § 24 (actual § 310.1 BGB), e insiste en que el antiguo § 10 permite una valoración que lo hace también idóneo para las relaciones entre empresarios. Señala que aquellas normas parten de principios del Derecho dispositivo, cuya finalidad es la protección de una de las partes del contrato, prevalecen también en el tráfico comercial (p. 1651). Las desviaciones del Derecho dispositivo sólo resisten el contenido del control cuando se tiene en consideración las necesidades del tráfico comercial (p. 1652). Brandner no critica la «función de indicio» de la lista negra de las cláusulas abusivas para el tráfico empresarial (pp. 1654-1656). Otro comentarista, de la misma obra, Horn, N., afirma que en tanto que los §§ 10 y 11 son la acuñación de la cláusula general de buena fe *ex* § 9 (actual § 307 BGB) pueden deducirse consecuencias jurídicas que permite declarar la ineficacia de una cláusula, en particular, en el marco de la valoración de la cláusula general de buena fe, *AGB-Gesetz*, ed. 4ª, totalmente revisada, Múnich, 1999, p. 1901. No obstante, precisa que no puede hablarse de una aplicación analógica de estos preceptos. Sólo constituyen un indicio para una valoración de la cláusula general de buena fe (p. 1902). Subraya la importancia que tienen las particularidades del tráfico comercial en la valoración de las cláusulas que son objeto de examen para su validez (p. 1904). Hefermehl, H. y Werner, O. advierten que ninguna conclusión *a priori* puede obtenerse del hecho de que las listas de cláusulas abusivas sólo rigen para las relaciones con consumidores. No significa que las cláusulas que están prohibidas en los contratos de consumo son válidas para los contratos entre empresarios. Pero tampoco se puede sacar una conclusión contraria. Sólo representan una concreción del principal criterio de valoración que es la buena fe, en *Erman BGB*, ed. por Westermann, H.P., ed. 10ª, totalmente revisada, Colonia, 2000, pp. 4823-4824. Por otra parte, hay que tener en cuenta las particularidades del tráfico empresarial, tanto subjetivas como objetivas en la valoración de las cláusulas cuando se recurre a las listas (p. 4824). Otro comentarista de la Ley, Basedow, J., aclara que la «valoración paralela», con apoyo en las listas de las cláusulas prohibidas, depende de las particularidades de las partes, del contrato y de las condiciones generales. Cuanto mayor sea la dependencia económica del empresario adherente con el predisponente más argumentos hay para una valoración paralela. Hay otras situaciones en las que es dable una valoración paralela (situaciones de competencia, situaciones de compromiso de grupo) para determinar, en su caso, un perjuicio considerable *unangemessene Benachteiligung*), para el empresario adherente, en *Münchener Kommentar Allgemeiner Teil*, ed. 4ª Múnich, 2003, pp. 1442-1443. A favor, con carácter general, de las listas de cláusulas prohibidas a las relaciones comerciales se pronuncia Heinrichs, H., en el *Palandt*, 2007 ed. 66ª totalmente revisada, Múnich, p. 424. En la misma obra, pero en contra, Grüneberg, C., p. 457. Está más justificado el recurso a las listas cuando se trata de un empresario individual que cuando es un empresario que puede repercutir en otros los costas de una cláusula que sea abusiva (p. 2399). La diferenciación a que nos obliga la AGB-G no quiere decir que el control sea más severo en las relaciones con consumidores y más flexible en las relaciones entre empresarios. También nos encontramos con cláusulas que no son de recibo en el tráfico empresarial. Por eso, Locher, H. no es contrario a la eficacia indiciaria de las listas en relación con la cláusula general de buena fe, en *Das Recht der Allgemeinen Geschäftsbedingungen*, ed. 3ª, 1997, Múnich, pp. 148-150.

Recientemente, a propósito de algunas críticas y propuestas de reforma a instancia de la doctrina y de ciertos sectores de la abogacía y de determinados sectores económicos sobre la necesidad de flexibilizar el control de las cgc entre empresarios, F. Graf von Westphalen insiste nuevamente en que la doctrina jurisprudencial de la teoría de los indicios es perfectamente acorde con el modelo legal, “AGB-Kontrolle. Auch im unternehmerischen Verkehr gerecht”, *Legal Tribune online*, 20 de septiembre de 2012.

<sup>36</sup> Una lectura favorable hace Baudenbacher, C., “Zur Bedeutung der Klauselkataloge des ABG-Gesetzes für den kaufmännischen Verkehr”, JA, 1987, pp. 217 ss.

<sup>37</sup> Un examen crítico de la primera jurisprudencia después de la entrada en vigor de la AGB-G procede de la pluma de Schlosser, P., “Entwicklungstendenzen im Recht der Allgemeinen Geschäftsbedingungen”, ZIP, 1985, 449 ss., en particular, pp. 458 ss. Este autor advierte que con la tendencia jurisprudencial de hacer uso de las listas de cláusulas abusivas en las relaciones entre empresarios se reducen las diferencias con el control que se ejerce en los contratos con no comerciantes (p. 459). Si se examinan los apartados de los §§ 10 y 11 y las concreciones formuladas por la jurisprudencia en sede de la cláusula general de buena fe, queda muy poco de las libertades especiales que tienen los comerciantes (p. 459). Hay una tendencia a la equiparación (*Paralesierung*), según él, entre comerciantes y demás sujetos privados (pp. 460-461). Los privilegios de los comerciantes se están convirtiendo en algo excepcional (p. 461).

<sup>38</sup> Un estudio doctrinal detallado de cada uno de los preceptos de las listas de las cláusulas prohibidas que pueden apoyar la teoría de los indicios se encuentra en la parte segunda de la obra de Lutz, op. cit., pp. 43 ss.

<sup>39</sup> Sobre la legitimidad de este proceder por parte del BGH, en particular, Lutz, op. cit, pp. 23 ss.

<sup>40</sup> Una relación de sentencias hasta 1984 en las que las partes litigantes son empresarios, puede encontrarse en la obra de Ohlendorf-von Hertel, op. cit., pp. 24 y ss.

<sup>41</sup> Frente a la crítica un tanto formal de los empresarios contra el a veces excesivo celo de los tribunales de hacer uso de los listados, Ulmer señala que en ocasiones podemos encontrar resoluciones desacertadas como la de 8 marzo 1984, pero se trata, en todo caso, de algo excepcional (afirmación recogida en “Zehn Jahre ABG-Gesetz – Bericht über die Diskussionen”, elaborado por Schmidt, H., en *Zehn Jahre AGB-Gesetz*, 1987, p. 206). En esta obra se recogen algunas de las intervenciones de los participantes del foro. Así, Junge fue crítico con la teoría de los indicios, subrayando que los tribunales no tienen en cuenta las singularidades del sector de la exportación, y que deberían fijarse más en el Convenio de Viena y en las Reglas UNCITRAL (p. 215). Más crítico aún fue Stumpf, quien considera que es una carga para los empresarios tener que seguir la jurisprudencia, lo cual provoca, además, una inseguridad jurídica (p. 216). Este jurista aclara que él no es contrario a un control material de las condiciones generales entre empresarios, pero considera que el nivel de control debe reducirse. Con la AGB-G se entierra las buenas costumbres comerciales (*die guten kaufmännischen Sitten*) (p. 216). Fueron críticos en este foro también Heinrichs y Kleinert. Sobre todo Kleinert, quien afirmó que los tribunales de instancia están más cerca de la praxis mientras que el BGH está más cerca de la ideología (p. 216). Una jurisprudencia como la del BGH puede inmovilizar la economía alemana (p. 216). Pero no todos fueron críticos. Pick y Bultmann defendieron en este foro, como propuesta de *lege ferenda*, un tratamiento igual entre empresarios y consumidores, puesto que son muchas las pequeñas empresas que tienen que soportar cláusulas impuestas por las grandes empresas (pp. 217-218).

<sup>42</sup> Por la variedad de cláusulas que se enjuician es preferible la consulta directa de la citada resolución judicial.

<sup>43</sup> Sobre la crítica de este proceder judicial, vid. Lutz, op. cit., pp. 34-35.

<sup>44</sup> Es el hilo conductor principal de la obra de Lutz, op. cit. (cfr., en particular, p. 199, donde expone resumidamente sus principales reflexiones)

<sup>45</sup> Así claramente, Rabe D., “Die Auswirkung des AGB-Gesetzes auf den kaufmännischen Verkehr”, NJW, 1987, pp. 1978 ss., en particular, pp. 1980-1982 y pp. 1982 ss.

<sup>46</sup> Sobre el particular, específicamente en el ámbito de compraventas con condiciones generales entre empresarios, es de interés el trabajo de Von Sachsen Gessaphe K.A. “Neues Kaufrecht und Lieferbedingungen im unternehmerischen Geschäftsverkehr”, en *Festschrift für Sonneberger*, 2004, Múnich, 2004, pp. 99 ss.

<sup>47</sup> Vid., Artz, “Schuldrechtsmodernisierung 2001/2002 –Integration der Nebengesetze in das BGB”, JuS, 2002, pp. 530 ss.

<sup>48</sup> Cfr., en particular, Köndgen, J., “Grund und Grenzen des Transparenzgebots im AGB-Recht”, NJW, 1989, pp. 943 ss.; Westermann, H.P., “Das Transparenzgebot –Ein neuer Oberbegriff der AGB–Inhaltskontrolle”, en *Festschrift für Steindorf*, Berlin, 1990, pp. 817 ss.

<sup>49</sup> En la doctrina alemana, en particular, vid. Heinrichs, H., “Das Transparenzgebot und die EG-Richtlinie über missbräuchliche Klauseln in Verbraucherverträgen”, en *Festschrift für Trinker*, Heidelberg, 1996, pp. 157.

<sup>50</sup> Un buen banco de prueba son los contratos de venta de empresas. Cfr. Wittuhn/Quecke: “Unternehmenskaufverträge und das Recht der Allgemeinen Geschäftsbedingungen”, NZG, 2014, pp. 131 ss. Vid. También Hoenig/Sprado: “Best Efforts” – Klauseln in Unternehmenskaufverträgen unter deutschem Vertragsstatut”, NZG, 2014, pp. 688 ss.

<sup>51</sup> Escribiendo este artículo, he tenido conocimiento de que el 21 de noviembre de 2014 hay un foro, organizado por la Universidad de Osnabrück, con el sugerente título *AGB-Recht im unternehmerischen Verkehr –Brauchen wir eine Reform?*

<sup>52</sup> Cfr. la nota 30.

<sup>53</sup> Se propone añadir una frase (la cuarta) al apartado 1 del § 305 BGB: “Werden Vertragsbedingungen gegen über einem Unternehmer, einer juristischen Person des öffentlichen Rechts oder einem öffentlichen rechtlichen Sondervermögen verwendet, stellen sie keine Allgemeine Geschäftsbedingungen dar, soweit die andere Vertragspartei diesen oder dem Vertragswerk insgesamt aufgrund einer selbstbestimmten unternehmerischen Entscheidung zustimmt; einer Abänderung des vorformulierten Vertragstextes bedarf es nicht”.

<sup>54</sup> Se propone la siguiente redacción: “§ 307 Abs. 1 Satz 1 und Abs. 2 findet in den Fällen des Satzes 1 mit der Maßgabe Anwendung, dass lediglich solche Vertragsbestimmungen unangemessen sind, die entgegen den Geboten von Treu und Glauben von gängiger unternehmerischer Praxis grob abweichen”.